

# BGer 1C 432/2023 vom 15. August 2024

Bundesgericht, 2024-08-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_432\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_432_2023)

FR: TF 1C 432/2023 du 15 août 2024

IT: TF 1C 432/2023 del 15 agosto 2024

## Regeste

Betriebsbewilligung | Grundrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Angefochten ist ein letztinstanzlicher Endentscheid betreffend eine Betriebsbewilligung für eine Aussengastwirtschaft. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ); ein Ausnahmegrund im Sinne von Art. 83 ff. BGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen und als Eigentümerin des Restaurants und der Parzelle Nr. 4287 sowie Adressatin des angefochtenen Entscheids gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### E. 1.2

Das Bundesgericht ist an den vorinstanzlichen Streitgegenstand gebunden (Urteile 1C\_83/2023 vom 5. Februar 2024 E. 1.2; 1C\_85/2023 vom 12. Februar 2024 E. 1.2). Der Streitgegenstand kann im Laufe des Rechtsmittelverfahrens nur eingeschränkt, nicht aber ausgeweitet oder geändert werden ( BGE 136 V 362 E. 3.4.2). Vor den Vorinstanzen war einzig umstritten, ob der Pachtanwärterin eine neue Betriebsbewilligung für die Aussengastwirtschaft auf der Parzelle Nr. 4287 erteilt werden kann. Dies beantragte die Beschwerdeführerin denn auch explizit in ihrer Beschwerde an die Vorinstanz. Die Übertragung der widerrufenen Betriebsbewilligung vom 12. März 2019 stand nicht zur Diskussion; auch die Wirksamkeit des Widerrufs dieser Betriebsbewilligung war nicht Gegenstand des Verfahrens. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, Thema des Verfahrens hätte nur die Übertragung der Betriebsbewilligung vom 12. März 2019 sein sollen, gehen ihre Ausführungen am Verfahrensgegenstand vorbei. Gleiches gilt aus demselben Grund für ihre Behauptung, die widerrufenen Betriebsbewilligung vom 12. März 2019 gelte immer noch, da einer gegen den Widerruf erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukomme. Die neue Pachtanwärterin habe das Gesuch um Erteilung der Betriebsbewilligung bereits am 20. Mai 2022 gestellt. Damals habe die Betriebsbewilligung vom 12. März 2019 noch volle Geltung gehabt. Auf die damit begründeten Verfassungsfragen ist nicht einzugehen.

### E. 2.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Soweit es um die Anwendung kantonalen Rechts geht, kann vorbehaltlich Art. 95 lit. c-e BGG im Wesentlichen vorgebracht werden, der angefochtene Entscheid verstosse gegen

Bundesrecht, namentlich das Willkürverbot nach Art. 9 BV ( BGE 141 I 36 E. 1.3 ; 138 I 143 E. 2). Das Bundesgericht wendet das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Nach Massgabe der allgemeinen Anforderungen an die Beschwerdebegründung ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) prüft es jedoch nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel des angefochtenen Entscheids nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 144 V 388 E. 2). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft es zudem nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht; Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 ; 139 I 229 E. 2.2).

## **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht prüft die Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts nur, soweit sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substantiiert begründet worden ist ( BGE 147 IV 73 E. 4.1.2 mit Hinweisen).

## **E. 3**

Dem verwaltungsgerichtlichen Urteil lag eine vorfrageweise Überprüfung der Baubewilligungspflicht für 60 Aussensitzplätze auf der Parzelle Nr. 4287 zugrunde. Die Vorinstanz bejahte eine solche und stellte fest, dass bis anhin weder eine entsprechende Baubewilligung erteilt noch ein Baugesuch eingereicht worden sei; eine Betriebsbewilligung für die Bewirtung der Aussengastwirtschaft könne daher nicht erteilt werden.

### **E. 3.1**

Umstritten ist zunächst die Baubewilligungspflicht der Aussengastwirtschaft gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG .

### **E. 3.2**

Die Baubewilligungspflicht richtet sich nach Art. 22 Abs. 1 RPG . Demnach dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarinnen und Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht ( BGE 139 II 134 E. 5.2). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden (vgl. Urteile 1C\_506/2023 vom 23. April 2024 E. 3.1, zur Publikation vorgesehen; 1C\_389/2019 vom 27. Januar 2021 E. 3.1, in: URP 2021 S. 491; 1C\_12/2022 vom 23. Januar 2023 E. 7.3).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die Parzelle Nr. 4287 sei bereits in den 1990er Jahren - vor der Einführung des Uferschutzplans - gastgewerblich genutzt

worden. Damals habe nach kantonalem Recht noch keine Baubewilligungspflicht für das Aufstellen von Tischen und Stühlen im Aussenbereich eines Gastwirtschaftsbetriebs bestanden.

#### **E. 3.4**

Art. 22 Abs. 1 RPG statuiert seit seiner Inkraftsetzung am 1. Januar 1980 von Bundesrechts wegen die Pflicht, Bauten und Anlagen behördlich zu bewilligen. Die Aussensitzplätze wurden zu einem Zeitpunkt errichtet, in welchem bundesrechtlich bereits eine Minimalregelung der Baubewilligungspflicht bestand. Ob der kantonale Gesetzgeber damals schon ausführende Bauvorschriften erlassen hatte, ist für die Beurteilung der Baubewilligungspflicht der Aussengastwirtschaft nicht relevant. Ebenfalls nicht von Belang ist in diesem Zusammenhang, ob die Baubehörden die Aussensitzplätze über Jahre geduldet hatten. Dies betreffe die Frage, ob der gesetzmässige Zustand wieder herzustellen ist, falls keine Baubewilligung erteilt werden könnte.

#### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin vertritt sodann die Auffassung, es rechtfertige sich vorliegend nicht, die Aussengastwirtschaft der Baubewilligungspflicht zu unterstellen. Laut Art. 23 RPG könnten die Kantone für gewisse Arten von baulichen Massnahmen eine Ausnahme von der Baubewilligungspflicht vorsehen. Der Kanton Bern habe in Art. 5 ff. des Dekrets über das Baubewilligungsverfahren (BweD/BE; BSG 725.1) von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und gewisse Bauvorhaben von der Bewilligungspflicht befreit. Die Beschwerdeführerin deutet mit ihren Aussagen, wonach die Aussensitzplätze stets widerspruchsfrei geduldet worden seien und der Betrieb keine "problematischen" Lärmimmissionen erzeuge sowie mit den Ausführungen zur Lage der Parzelle an, die Aussensitzplätze könnten unter eine kantonale Ausnahmeregelung fallen und seien daher von der Baubewilligungspflicht befreit.

##### **E. 3.5.1**

Auch dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Zum einen deshalb nicht, weil sich Art. 23 RPG nur auf Ausnahmen von der Baubewilligungspflicht innerhalb der Bauzonen bezieht. Nach der verbindlichen Darstellung der Vorinstanz liegen die Aussensitzplätze ausserhalb des Baugebiets im Gewässerraum gemäss Art. 36a des Gewässerschutzgesetzes (GSchG; SR 814.20) und in der Freifläche gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über See- und Flussufer des Kantons Bern vom 6. Juni 1982 (SFG/BE; BSG 704.1); diese dient der Erholung und dem Sport. Aus dem kommunalen Baureglement lässt sich in Bezug auf die Zonierung der Parzelle - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - nichts Gegenteiliges ableiten.

##### **E. 3.5.2**

Zum anderen hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid unter Verweisung auf Art. 22 Abs. 1 RPG und die kantonalen Bauvorschriften zutreffend dargelegt, die 60 Aussensitzplätze im Uferbereich berührten umwelt-, planungs-, und baurechtliche Belange; sie hätten zweifellos räumliche Auswirkungen. Sie lägen in der Freifläche Nr. 36 gemäss der See- und Flussufergesetzgebung. Diese sei zweckbestimmt zu gestalten und unter Einbezug der bestehenden Bäume und Sträucher zu bepflanzen. Die Aussengastwirtschaft unterliege daher der Baubewilligungspflicht. Diese Schlussfolgerung ist nicht zu beanstanden. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht; die in diesem Zusammenhang geltend gemachten Verletzungen der Eigentumsgarantie und

Wirtschaftsfreiheit werden überdies nicht begründet. Darauf ist somit nicht einzugehen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; E. 2 hiervor).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin erachtet die Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV und Art. 24 Abs. 3 KV/BE ) auch deshalb als verletzt, weil sich die gastgewerbliche Nutzung der Parzelle ohne die beantragte Betriebsbewilligung nur noch auf den Pavillon beschränken würde. Durch das "Wegbrechen" der Aussensitzplätze würde sie faktisch enteignet.

##### **E. 4.1**

Die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV schützt als Bestandesgarantie nur die rechtmässige Ausübung des Privateigentums. Sie gewährleistet das Eigentum innerhalb der Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind. Zu beachten sind namentlich die Anforderungen der Raumplanung (vgl. BGE 144 II 367 E. 3.2 mit Hinweisen).

##### **E. 4.2**

Nach Auffassung der Vorinstanz kann eine neue Betriebsbewilligung nur erteilt werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gemäss der Gastgewerbegesetzgebung erfüllt sind und die Bau- und Planungsgesetzgebung den Betrieb einer Aussengastwirtschaft auf der Parzelle Nr. 4287 nicht ausschliesst. Die vorinstanzliche Auffassung ist verfassungskonform. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei einer gastwirtschaftlichen Betriebsbewilligung um eine Polizeierlaubnis. Diese schliesst die Feststellung mit ein, dass der Aufnahme des Gastwirtschaftsbetriebs keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse, wie etwa eine fehlende Baubewilligung, im Wege stehen (vgl. BGE 109 Ia 128 E. 5b; Urteil 2C\_860/2010 vom 2. März 2011 E. 3.2.3; je mit Hinweisen). Die strittige Aussengastwirtschaft ist baubewilligungspflichtig (E. 3 ff. hiervor). Eine Baubewilligung liegt nicht vor. In der Nichterteilung der beantragten Betriebsbewilligung liegt somit keine Verletzung der Eigentumsgarantie.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Verweigerung der Betriebsbewilligung verletze den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ( Art. 27 BV und Art. 23 KV/BE ).

##### **E. 5.1**

Wie bereits ausgeführt, hängt die beantragte Betriebsbewilligung von der Baubewilligung der Aussengastwirtschaft ab. Raumplanerische Massnahmen sind mit der Wirtschaftsfreiheit ( Art. 27 BV ) vereinbar, solange diese raumplanerisch bedingt sind, im Zielbereich von Art. 75 BV liegen und sofern die Wirtschaftsfreiheit dadurch nicht völlig ihres Gehaltes entleert wird ( BGE 142 I 162 E. 3.3; 109 Ia 264 E. 4a; Urteil 1C\_124/2018 vom 4. Juni 2019 E. 6; je mit Hinweisen).

##### **E. 5.2**

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Baubewilligungspflicht richtet sich nach Art. 22 Abs. 1 RPG (E. 3.2 hiervor). Das öffentliche Interesse an der Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens besteht in der Kontrolle der umstrittenen Aussengastwirtschaft auf die Übereinstimmung mit dem massgebenden Recht (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, 2020, N. 29 zu Art. 22 RPG ). Aus den Behauptungen der Beschwerdeführerin

zu den Gründen, weshalb sie das Restaurant erwarb oder die Aussengastwirtschaft eine wichtige Einnahmequelle sei, erschliesst sich nicht, inwiefern die Unterstellung der Aussengastwirtschaft unter die Baubewilligungspflicht mit der Wirtschaftsfreiheit nicht vereinbar sein soll. Soweit die Beschwerde in dieser Hinsicht überhaupt den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügt, erweist sich die Rüge als unbegründet.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit der Verletzung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit noch eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Ihrer Auffassung nach hätte die Vorinstanz im angefochtenen Urteil feststellen sollen, dass die Aussensitzplätze bereits seit der Betriebsübernahme in den Jahren 2001 und 2002 bewirtet würden. Inwiefern dies für den Ausgang des Verfahrens relevant sein soll, zeigt die Beschwerdeführerin indes nicht auf. Ihre Aussagen zielen vor allem auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ab. Diese Frage liegt ausserhalb des Streitgegenstands, weshalb die Vorinstanz keine diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen hatte.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 BGG ). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.